



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

Trabajo de  
fin de grado

**Divorcio, custodia  
compartida y  
traslado de menores  
al extranjero**

Sara Pan Temprano

Tutor: Antonio Legerén Molina

**Grado en Derecho y Grado en Administración y Dirección  
de Empresas**

**Año 2015/2016**



## ÍNDICE

<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>7</b>
1. SUPUESTO DE HECHO.....	7
2. ANTECEDENTES FÁCTICOS.....	7
3. ANÁLISIS JURÍDICO.....	7
<b>0. CUESTIONES PREVIAS.....</b>	<b>9</b>
0.1 <u>VECINDAD CIVIL.....</u>	<u>9</u>
1.1 Concepto y regulación.....	9
1.2 Fijación de la vecindad civil de los padres.....	9
1.3 Fijación de la vecindad civil de los hijos.....	10
0.2 <u>DERECHO COMÚN VS. DERECHO PROPIO VALENCIANO. SOLUCIÓN PROPUESTA ANTE LA VARIEDAD DE VECINDADES CIVILES EN UN MISMO GRUPO FAMILIAR.....</u>	<u>10</u>
0.3 <u>ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 13 DEL CC.....</u>	<u>11</u>
0.4 <u>COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA EN DERECHO CIVIL.....</u>	<u>12</u>
Recurso de inconstitucionalidad y levantamiento de la suspensión.....	12
<b>1. CUSTODIA.....</b>	<b>14</b>
1.1 <u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>14</u>
1.2 <u>CONCEPTO DE GUARDA Y CUSTODIA Y DE PATRIA POTESTAD.....</u>	<u>14</u>
1.3 <u>GUARDA Y CUSTODIA.....</u>	<u>15</u>
1.3.1 Ámbito de aplicación.....	15
1.3.2 Custodia exclusiva vs. Custodia compartida.....	15
1.4 <u>RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.....</u>	<u>16</u>
1.5 <u>RÉGIMEN DE CUSTODIA EXCLUSIVA.....</u>	<u>17</u>
1.6 <u>DOS POSIBLES SOLUCIONES.....</u>	<u>18</u>
1.6.1 Custodia exclusiva para Pilar M.....	18
1.6.2 Custodia compartida.....	20
1.7 <u>ASPECTOS PROCESALES.....</u>	<u>21</u>

1.8 CONCLUSIONES.....	21
<b><u>2. RÉGIMEN DE VISITAS.....</u></b>	<b><u>22</u></b>
2.1 INTRODUCCIÓN.....	22
2.2 RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA.....	22
2.3 RÉGIMEN DE CUSTODIA EXCLUSIVA.....	22
2.3.1 Ambos progenitores residen en Barcelona.....	22
2.3.2 Pilar M. y los niños residen en Estocolmo.....	22
2.4 DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS Y OTROS PARIENTES.....	23
2.5 DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	23
2.5.1 Posterior traslado a Estocolmo.....	23
2.5.2 Inmediato traslado a Estocolmo.....	23
2.6 CONCLUSIONES.....	24
<b><u>3. EMANCIPACIÓN .....</u></b>	<b><u>26</u></b>
3.1 INTRODUCCIÓN.....	26
3.2 CONCEPTO DE EMANCIPACIÓN.....	26
3.3 LEGISLACIÓN APLICABLE.....	26
3.3.1 Derecho civil propio de Valencia.....	26
3.3.2 Derecho común.....	26
3.4 EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN .....	27
3.5 ASPECTOS PROCESALES.....	28
3.6 CONCLUSIONES.....	28
<b><u>4. PENSIÓN ALIMENTICIA Y DISTRIBUCIÓN GASTOS DE LOS HIJOS.....</u></b>	<b><u>29</u></b>
4.1 CONCEPTO Y DELIMITACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.....	29
4.2 REGULACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA.....	30
4.3 ANÁLISIS Y CONCRETA FIJACIÓN DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA....	31

4.4	<u>DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS DE LOS MENORES.....</u>	<u>32</u>
4.5	<u>CONCLUSIONES.....</u>	<u>32</u>
<b>5.</b>	<b><u>PENSIÓN COMPENSATORIA .....</u></b>	<b><u>33</u></b>
5.1	<u>APLICACION DE LA LEY VALENCIANA O DEL DERECHO COMÚN.....</u>	<u>33</u>
5.2	<u>LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN EL CÓDIGO CIVIL.....</u>	<u>33</u>
5.3	<u>¿EXISTE DERECHO A UNA PENSIÓN COMPENSATORIA?.....</u>	<u>35</u>
5.4	<u>CONCLUSIONES .....</u>	<u>37</u>
<b>6.</b>	<b><u>CONTRATO LABORAL.....</u></b>	<b><u>38</u></b>
6.1	<u>TRABAJO REALIZADOS EN ESPAÑA.....</u>	<u>38</u>
6.2	<u>POSIBLE CONTRATO LABORAL EN SUECIA: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....</u>	<u>39</u>
6.3	<u>CONCLUSIONES .....</u>	<u>41</u>
	<b><u>CONCLUSIONES FINALES.....</u></b>	<b><u>42</u></b>
	<b><u>BIBLIOGRAFÍA.....</u></b>	<b><u>43</u></b>
	<b><u>APÉNDICE JURISPRUDENCIAL .....</u></b>	<b><u>44</u></b>

## **ÍNDICE DE BREVIATURAS**

Audiencia Provincial	AP
(Sentencia de la AP)	SAP
Artículo	Art.
Código Civil	CC
Constitución Española	CE
Ley de Enjuiciamiento Civil	LEC
Siguientes	Ss.
Tribunal Constitucional	TC
(Sentencia del TC)	STC
Tribunal Superior de Justicia	TSJ
(Sentencia del TSJ)	STSJ
Tribunal Supremo	TS
(Sentencia del TS)	STS

## **INTRODUCCIÓN**

### **1. SUPESTO DE HECHO**

El 7 de Julio de 2015 Pilar M. presentó demanda de divorcio en el juzgado nº10 de primera instancia contra Santiago M, no existiendo Convenio Regulador debido a la oposición de este último.

En dicha demanda Pilar M. solicita una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que le supone la ruptura matrimonial y la custodia en exclusiva de los dos hijos del matrimonio, Ricardo M. y Sonia M., con la finalidad de trasladarse con ellos a Estocolmo (Suecia) de manera permanente.

Santiago M. se opone a la custodia en exclusiva solicitada por Pilar M. y al hecho de que estos se trasladen al extranjero de manera permanente.

Ricardo M. en el caso de no poder quedarse en en España con su padre ha manifestado que presentará una solicitud de emancipación.

### **2. ANTECEDENTES FÁCTICOS**

El 4 de octubre de 1995 Santiago M. y Pilar M. contrajeron matrimonio en el Ayuntamiento de A Coruña. Hasta el 5 de febrero del año 2000 ambos residieron en Valencia por motivos laborales, hasta que en ese año a Santiago M. le fue concedido traslado laboral a la ciudad de A Coruña. Él es juez, y su esposa es ama de casa desde que contrajeron matrimonio, habiendo ejercido como secretaria previamente.

A partir del 10 de febrero de 2010 y hasta la actualidad viven y trabajan en Barcelona, cambio motivado nuevamente por el cambio de destino de Santiago M. Actualmente es juez en los Juzgados de lo Mercantil de la ciudad condal.

Tienen dos hijos en común, Ricardo M. y Sonia M. que viven con ellos.

Ricardo M. nació el 14 de Abril de 1999 en Valencia, y comenzará el próximo curso 1º de Bachillerato.

Sonia M. nació en A Coruña el 23 de Julio de 2005 y cursa 5º de Educación Primaria. Compagina los estudios con su profesión de modelo infantil.

La pareja carece de cualquier tipo de acuerdo prematrimonial.

### **3. ANÁLISIS JURÍDICO**

Los siguientes aspectos se abordarán desde la perspectiva del derecho privado, más concretamente el derecho de familia y del derecho laboral, y también del derecho internacional privado. Siempre considerando los posibles conflictos que pueden surgir al aplicar el derecho común o el derecho propio de alguna comunidad autónoma, en el caso de que exista esta disyuntiva.

Estas son las cuestiones en concreto que se responderán a lo largo del trabajo:

1. ¿Debería atribuírsele la custodia exclusiva de los hijos a la madre?

2. ¿Sería preferible la custodia compartida?
3. ¿Cómo quedaría el régimen de visitas?
4. ¿Sería posible la emancipación de Ricardo?
5. ¿Análisis y fijación de la oportuna pensión de alimentos?
6. ¿Cómo se distribuirán los gastos de los hijos?
7. ¿Existe derecho a una pensión compensatoria?
8. ¿Es legal, conforme a Derecho, el contrato laboral de Sonia?



## **0. CUESTIONES PREVIAS**

Es necesario clarificar algunas cuestiones en concreto antes de iniciar con el análisis en su profundidad, se trata de cuestiones que tienen una elevada implicación y relevancia en el conjunto de la exposición.

### **0.1 VECINDAD CIVIL**

#### **0.1.1 Concepto y regulación**

La vecindad civil determina que legislación se va a aplicar en materia de Derecho sucesorio o en el régimen matrimonial. Se encuentra regulada en el art. 14 del CC, Capítulo V “*Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional*”. La vecindad civil es uno de los hechos del estado civil de la persona que se inscriben en el Registro Civil. La vecindad determina “*la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral*”. Implica la pertenencia a una comunidad regional con derecho propio, especial o foral.

La vecindad civil se atribuye por filiación o por nacimiento, o se adquiere por opción, matrimonio, o por residencia continuada durante dos años si el interesado manifiesta voluntad de adquirirla ante el encargado del Registro Civil, o durante diez años sin declaración de voluntad en contrario durante ese plazo.

#### **0.1.2 Fijación de la vecindad civil de los padres**

Santiago M. tiene vecindad civil especial gallega por filiación, puesto que es nacido de padres con vecindad civil gallega. Ha residido en Valencia menos de diez años sin declarar su voluntad de adquirir la vecindad civil valenciana, y lo mismo ocurre desde que habita en Barcelona, han pasado menos de 10 años y no ha expresado su deseo de adquirir la vecindad civil catalana.

Pilar M. ha solicitado ante el Registro Civil su deseo de adquirir la vecindad civil catalana por residencia continuada superior dos años. Vive en Barcelona desde Febrero de 2010. En el Registro Civil de la ciudad condal consta su voluntad de adquirir la vecindad civil catalana con fecha 20 de marzo del 2013. Al cumplir los requisitos, deducimos que la obtiene.

Ninguno de los dos ha optado por modificarla durante el matrimonio por la vecindad del otro.

Los cónyuges pueden optar en el momento del matrimonio por unificar sus vecindades civiles, y en defecto o insuficiencia de capitulaciones, sus relaciones patrimoniales vendrán dictadas por el régimen legal que les sea de aplicación, resultando, por tanto, intrascendente la posibilidad de la opción tras el matrimonio, que, en principio, no habrá de tener repercusión en el régimen económico.

Si no se produce esta unificación voluntaria que la ley prevé, las relaciones patrimoniales se regirán por las leyes que determinen los siguientes puntos de conexión subsidiarios:

1.º La vecindad civil o la residencia habitual —pueden no coincidir— de cualquiera de los contrayentes, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio.

2.º La residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración.

3.º El lugar de celebración del matrimonio.

Todo ello por aplicación de la redacción del apartado 2 del art. 9, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 16. En consecuencia, resulta posible que sujetos los cónyuges a legislaciones civiles distintas, sea una tercera legislación civil la que regule el régimen del matrimonio, siempre que entre esta última y las condiciones de los cónyuges medie una circunstancia objetiva —lugar de residencia o lugar de celebración del matrimonio—. <sup>1</sup>

Las vecindades civiles de los cónyuges no coinciden, ni en el momento de celebración del matrimonio, ni posteriormente optaron por la del otro cónyuge ninguno de ellos. Por tanto, aplicamos el supuesto de *“la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio”*. El Derecho Civil propio de Valencia es el indicado, más concretamente para el caso que nos ocupa utilizaremos la *“Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven”*.

### **0.1.3 Fijación de la vecindad civil de los hijos**

Respecto a la vecindad civil de los hijos, aplicamos el apartado 3 del art. 14 del CC:

*“Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieran distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común”*.

El hijo mayor, Ricardo M., nació en Valencia, y la hija pequeña Sonia M., en A Coruña. En consecuencia y en base al criterio del lugar de nacimiento, Ricardo M.<sup>2</sup> tiene vecindad civil valenciana y Sonia M. gallega.

## **0.2 DERECHO COMÚN VS. DERECHO PROPIO VALENCIANO. SOLUCIÓN PROPUESTA ANTE LA VARIEDAD DE VECINDADES CIVILES EN UN MISMO GRUPO FAMILIAR**

El hecho de que dentro de un mismo grupo familiar haya hijos con diferente vecindad civil, plantea la cuestión de si cada uno de ellos habría de regularse por una ley, o si

---

<sup>1</sup>DA SILVA OCHOA, J.C., “Problemática actual de la vecindad civil y derecho internacional privado en España”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Año 1993, nº 2, UNED, Madrid, 1993, p. 210-211.

<sup>2</sup> De forma estricta Ricardo M. adquiriría la vecindad civil gallega al residir en A Coruña 10 años y 5 días ipso iure por residencia continuada durante más de 10 años. Pero la doctrina jurisprudencial ha manifestado que durante la minoría de edad el plazo no concurre, STS de 7 de Julio de 2007. También las sentencias del TS de 23 de marzo de 1992 y de 20 de febrero de 1995 así lo ratifican, citando numerosas anteriores, en el sentido de que en el cómputo no se incluye el tiempo de la minoría de edad sin emancipación.

sería más conveniente aplicar la misma respecto de todos ellos. Debería primar la salvaguarda de la unidad de los hermanos, y del núcleo familiar. Sino podrían ocurrir situaciones en que diferentes regímenes tutelares confíen en los padres en distinta manera y con diversos radios de acción.

Pero profundizando un poco en el sistema de Derecho común<sup>3</sup> y en el sistema especial valenciano, podemos ver que en ambos sistemas se aplica prioritariamente la custodia compartida.

La Ley valenciana 5/2011, en su art. 5.2 se establece como regla general la atribución a ambos progenitores de manera compartida del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad.

El art. 92.8 del CC dispone que la custodia compartida, en una interpretación literal del precepto, es una medida excepcional. Sin embargo, la STS de 25 de Abril de 2014, hace una lectura diferente de ese artículo puesto que no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible.

Por tanto concluimos que aplicando un sistema u otro, el resultado final al que se llegaría sería equivalente.

### **0.3 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 13 DEL CC**

El art. 13 del CC, se halla enmarcado dentro del Capítulo V “*Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional*”. Este artículo establece las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio.

Determina una salvedad a favor de las normas relativas al régimen económico matrimonial, puesto que declara que “*el resto de disposiciones del Título IV del Libro I tendrán aplicación general y directa en toda España*”.

En su apartado 2 el art. 13 manifiesta que en lo “*demás regirá el Código Civil como derecho supletorio*”, en defecto de los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes.

La salvedad hecha en ese artículo carece de valor específico, puesto que la competencia en la materia no la determina el Código Civil sino la Constitución. Desde la reforma de 1981 el Libro I Título IV no contiene ninguna norma directamente referida al régimen económico matrimonial.

Por tanto el Estado se reserva la competencia sobre el vínculo matrimonial y sus vicisitudes, pero no sobre las consecuencias económicas del matrimonio, y en

---

<sup>3</sup> Sonia M. originariamente ostenta la vecindad civil gallega, pero respecto a la guardia y custodia se le aplica el Derecho común (puesto que la Comunidad Autónoma de Galicia carece de legislación específica en ese ámbito).

consecuencia tampoco sobre la disolución del mismo. Se trata de una reserva constitucional estatal a formas en sentido amplio.

Pueden considerarse constitucionalmente legítimos preceptos o leyes autonómicas que regulan en estos términos.

#### **0.4 COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA EN DERECHO CIVIL**

La competencia para legislar a partir del derecho valenciano se preveía en el Estatut d'Autonomía de 1982. Esta potestad, sin embargo, quedó vacía de contenido diez años más tarde tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos recurrida por el Gobierno Central.

En 2006 el Estatut d'Autonomia fue reformado, y uno de sus puntos clave fue la recuperación de la competencia para ejercer el derecho foral civil valenciano<sup>4</sup> a través de la nueva redacción dada a su art. 7.

Desde ese momento las Cortes Valencianas han aprobado tres leyes distintas: una relativa al régimen económico matrimonial, otra sobre custodia compartida y una última sobre la regulación de las uniones de hecho.

Estas tres leyes de recuperación del derecho foral valenciano han sido recurridas por el Gobierno Central ante el Tribunal Constitucional.

#### **Recurso de inconstitucionalidad y levantamiento de la suspensión**

La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano; la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana han sido impugnadas.

La que nos ocupa, respecto a la fijación de la custodia, es la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

El pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de Julio de 2011, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011, promovido por el Presidente del Gobierno, contra ya mencionada Ley 5/2011, de 1 de abril. Se hace constar que se ha invocado el art. 161.2 de la CE lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso (4 de julio de 2011).

---

<sup>4</sup> Antes del decreto de nueva planta de 1707, el antiguo Reino de Valencia llegó a recopilar más de 5.000 fueros. Sin embargo, los derechos forales valencianos quedaron excluidos de las compilaciones realizadas durante el franquismo, lo que dificulta ahora su reconocimiento.

El apartado 2 del artículo 161 de la CE establece que las disposiciones y resoluciones adoptadas por órganos de las Comunidades Autónomas podrán ser impugnadas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional. Pero la suspensión de las mismas, deberá ser ratificada o levantada en un plazo no superior a cinco meses por el mismo Tribunal. El artículo 30 de la LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) recoge la excepción de hecha en el 161 de la CE.

En el preámbulo de dicha Ley, se declara que la habilitación para legislar en este ámbito proviene de la reforma del Estatut d'Autonomía llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril. En la nueva redacción dada al art. 49.1.2ª se atribuye competencia exclusiva a la Generalitat para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral valenciano. En ejercicio de dicha competencia previamente se aprobó la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, modificada por la Ley 8/2008, de 4 de noviembre, de la Generalitat. Un primer paso, dicen, *“en un camino cuya meta final es la elaboración de un futuro Código de derecho civil foral valenciano que englobe las distintas leyes que se promulguen”*.

En palabras del Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia Javier Plaza *“la Ley valenciana 5/2011 sobre custodia compartida, si bien viene a suplir una necesidad demandada socialmente, no es derivación estricta de nuestro derecho civil foral, y su encaje debía de haberse encontrado en el desarrollo de las competencias que tiene la Generalitat en materia de protección del menor y de la familia; dentro del llamado derecho civil autonómico. Con ello posiblemente se hubiera evitado el recurso de inconstitucionalidad”*.<sup>5</sup>

El Pleno del Tribunal Constitucional, por Auto de 22 de noviembre de 2011, en el recurso de inconstitucionalidad número 3859-2011, ha acordado levantar la suspensión de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

Por tanto, para discernir el tipo de custodia y los términos de la misma se aplicarán los artículos de esta Ley, junto al Código Civil.

---

<sup>5</sup> Opinión manifestada el 22 de Julio de 2015 durante la celebración de la Mesa Redonda sobre la problemática actual de la custodia compartida en Valencia. Novedades jurisprudenciales y situación ante el recurso de inconstitucionalidad pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional.

## **1. CUSTODIA**

**¿Debería atribuírsele la custodia exclusiva de los hijos a la madre?**

**¿Sería preferible la custodia compartida?**

### **1.1 Introducción**

Durante el matrimonio, los padres y los hijos conforman una unidad familiar que es un reflejo de la convivencia común que mantienen. Pero cuando esa normalidad familiar se rompe, y la crisis matrimonial sobreviene, toma relevancia la necesidad de determinar cuál de los cónyuges continuará la convivencia con sus hijos, o si lo harán de forma compartida (en alternancia). Es clave la elección del sistema de guarda y custodia física que en adelante ejercerán los progenitores en la nueva realidad familiar.

### **1.2 Concepto de guarda y custodia y de patria potestad**

El CC regula de forma separada la institución de la patria potestad y la de los distintos modelos de guarda y custodia de los hijos menores de edad.

La AP de Madrid ha definido la patria potestad como “una función en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme subyacen en el Art. 154 del Código Civil” (SAP de Madrid, Sección 22ª, de 29 de noviembre de 2005).

No existe un concepto legal de guarda y custodia, aunque la jurisprudencia si ha dado una definición. El Tribunal Supremo lo ha identificado con “la función de los padres de velar por los hijos y tenerlos en su compañía” (STS del 19 de octubre de 1983).

La patria potestad se regula en el Título VII “*De las relaciones paterno-filiales*”, y los modelos de custodia en los arts. 90 y ss., como uno de los efectos de la nulidad, separación o divorcio.

Si los padres conviven, la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, y la guarda y custodia coinciden en ambos progenitores. Pero, como hemos mencionado, cuando se produce la ruptura de la relación entre éstos, ya sea matrimonial o de hecho, se pueden dar situaciones diversas<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> ALBALADEJO. M., *Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia*, Edisofer SL, Madrid, 2013, p. 279-324.

Aunque lo más habitual es que la titularidad y ejercicio de la patria potestad sea atribuida a ambos, también puede ser atribuida a uno solo de los progenitores (art. 156 del CC) o se puede ser privada de ella (art. 170 del CC).

La guarda y custodia de los hijos debe ser atribuida a uno de los padres, o a ambos en forma compartida.

### **1.3 Guarda y custodia**

#### **1.3.1 Ámbito de aplicación**

El art. 2 de la Ley 5/2011 establece que *“de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.4 del Estatut d’Autonomía de la Comunidad Valenciana y las disposiciones del título preliminar del Código Civil, la presente ley será de aplicación respecto de los hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana”*.

El art. 3.4 del Estatut d’Autonomía de la Comunidad Valenciana dispone que *“el Derecho civil foral valenciano se aplicará, con independencia de donde se resida, a quien ostente la vecindad civil valenciana conforme a las normas del Título Preliminar del Código Civil, que será igualmente aplicable para resolver los conflictos de leyes”*.

Es un criterio de tipo persona, y no geográfico. Deslindamos así las normas de competencia (principalmente las del art. 76 de la LEC) con las del derecho aplicable (fundamentalmente las del art. 14 del CC).

#### **1.3.2 Custodia exclusiva vs. Custodia compartida**

Antes de iniciar la comparativa debemos destacar la diferente notación dada en la Ley valenciana<sup>7</sup> y en el Código Civil. El término *régimen de convivencia compartida* es equivalente a la *guarda y custodia compartida* del art. 92 del CC. Y el término *régimen de convivencia individual*, es a su vez, el equivalente de la noción de *custodia exclusiva* del CC.

Desde el 10 de Julio de 2005 está vigente la reforma hecha al Código Civil referente a la separación y al divorcio, por la aplicación de la Ley 15/2005, de 8 de Julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley del Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En la Ley valenciana también existe una tercera figura, el régimen de relaciones, equivalente al régimen de visitas y comunicaciones regulado en el artículo 94 del CC. Y una cuarta figura, el pacto de convivencia familiar, figura paralela al convenio regulador regulado en el artículo 90 del CC que ha de ser aprobado por los trámites del artículo 777 de la LEC.

<sup>8</sup> Haciendo referencia a los asuntos que nos competen, la reforma, en su interpretación literal, no ha aplicado carácter preferente a la custodia compartida sobre la exclusiva.

La Ley Valenciana 5/2011, en su art. 3, contempla una serie de definiciones legales, que tienen su paralela equivalencia en el Derecho común pero que carecen de definiciones concretas en el Código Civil.

#### **1.4 Régimen de custodia compartida**

Se define el concepto de régimen de convivencia compartida como el *“sistema dirigido a regular y organizar la cohabitación de los progenitores que no convivan entre sí con sus hijos e hijas menores, y caracterizado por una distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de cada uno de los progenitores con sus hijos e hijas menores, acordado voluntariamente entre aquellos, o en su defecto por decisión judicial”*.

La Ley valenciana establece en su art. 5.2 *“Medidas judiciales”*, que la autoridad judicial atribuirá como regla general a ambos progenitores de manera compartida el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad. Está declarando a esta modalidad el rango de norma general, dejando como subsidiaria a la custodia exclusiva.

En el Código Civil, art. 92 apartados 5 y 8, el rasgo fundamental de este régimen es la distribución igualitaria y racional del tiempo de cohabitación de los hijos con cada progenitor.

Concretamente el régimen de Derecho común de custodia compartida se halla en el art. 92, apartados 5,6,7 y 8. La interpretación de los mismos debe estar fundada siempre en el interés de los menores. Para que ese interés sea fehaciente, deben concurrir alguno de los criterios que se mencionan en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

La STS de 29 de Abril de 2013 sienta como doctrina jurisprudencial que la interpretación de esos preceptos se hará teniendo en cuenta la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos, el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

Se considerará normal e incluso deseable la aplicación preferencial de la custodia compartida, puesto que permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

En realidad, desde la STS del 8 de octubre de 2009, la interpretación de la excepcionalidad de la custodia compartida es extensiva<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> El anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia, de 10 de abril de 2014, que aun no ha entrado en vigor, y que pretende modificar el Código Civil en materia familiar, establece que la custodia compartida ya no es una medida



Por tanto, la doctrina del TS es vinculante para los jueces, que deben aplicar del modo indicado la ley, por el principio de plenitud del ordenamiento jurídico del art. 1.7 del CC. El art. 1.6 señala que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

### **1.5 Régimen de custodia exclusiva**

En el art. 3 de la Ley 5/2011 de la Comunidad Valenciana también se da una definición legal al concepto de custodia exclusiva, el régimen de convivencia individual se entiende como una *“modalidad excepcional del régimen de convivencia, consistente en la atribución de la cohabitación con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores de manera individual, sin perjuicio del derecho del otro progenitor a disfrutar de un régimen de relaciones con sus hijos o hijas menores adaptado a las circunstancias del caso”*.

En el caso del régimen de Derecho común se caracteriza por quedar los hijos viviendo de forma principal con uno solo de los progenitores, acompañado de un sistema que les permite relacionarse con el otro.

El art. 5.3 de la Ley valenciana dice que antes de fijar el régimen de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta del convenio regulador que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial determinará teniendo en cuenta una serie de factores: edad de los hijos e hijas, su opinión si tienen más de 12 años y madurez suficiente, la dedicación pasada a la familia, los informes sociales, psicológicos u otros que procedan, supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores, posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar, disponibilidad de cada uno de los padres de mantener un trato directo con cada hijo o hija y cualquier otra circunstancia que se considere relevante a estos efectos.

En el inciso 4 de ese mismo art. se añade que la autoridad judicial estará legitimada para *“otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores”*.<sup>10</sup>

---

excepcional, pero tampoco establece que sea preferente o general, como una medida que se puede adoptar si el juez lo considera conveniente para el interés del niño a solicitud de uno de los progenitores si el otro también insta la custodia para sí. De manera excepcional, aunque ninguno de los progenitores soliciten la custodia compartida, el juez podrá acordarlo si con ello se protege adecuadamente el interés del menor.

<sup>10</sup> Debe tenerse en cuenta el fallo de la STSJ de la Comunidad Valenciana 18/2015, de 23 julio, nº de recurso. 4/2015, cuyo punto 3 declara como doctrina de esta Sala en punto a la interpretación del artículo 5.4 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que: "la aplicación de la primacía del superior interés del menor para fundamentar una decisión de custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, deberá estar fundada en los factores descritos en el artículo 5.3 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de los que se desprenda el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al progenitor, no siendo incompatible

En el art. 92 del CC, apartados 6, 7, 8 y 9, el legislador también prevé una serie de medidas cautelares antes de la toma de una decisión por parte de la autoridad judicial competente. Antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores cuando tenga suficiente juicio y se estime necesario de parte o de oficio, también se valorarán las declaraciones de las partes y la prueba practicada en la comparecencia, y la relación que lo padres mantengan entre sí y con sus respectivos hijos.

## **1.6 Dos posibles soluciones**

### **1.6.1 Custodia exclusiva para Pilar M.**

Pilar M. en la demanda de divorcio solicita la guarda y custodia exclusiva de los dos hijos que el matrimonio tiene en común y la autorización para trasladarse a Estocolmo de forma permanente. Santiago M. se opone firmemente al traslado de sus hijos fuera de España, y en ningún momento solicita la custodia en exclusiva de sus hijos para él.

Ha sido objeto de sentencias contrarias el conflicto que se plantea acerca de si el posible traslado al extranjero es una cuestión referente a la patria potestad o a la guarda y custodia. Aunque uno de los padres tenga la guarda y custodia exclusiva, esto no le da potestad unilateral de decidir donde va a vivir el niño o la niña<sup>11</sup>. El mismo Juez que dirime sobre el divorcio, debe decidir ente aspecto<sup>12</sup>.

La Sala de lo Civil en la sentencia del TS, Sección 1ª, de 26 de octubre de 2012 clarifica esta situación, señalando que “las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor”.

La patria potestad supone que todos los derechos y deberes que entraña tal patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuánto tiempo.

La guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura.

---

con la doctrina de la sentencia de este tribunal nº 9/2013 de 6 de septiembre que se aplicará con carácter general

<sup>11</sup> Es cierto que el Juez valora normalmente la vinculación que tras la sentencia de divorcio o guarda y custodia tiene el menor con cada progenitor.

<sup>12</sup> Si es una circunstancia que se da con posterioridad a la sentencia de divorcio o de guarda y custodia, se resolverá mediante un procedimiento de modificación de medidas.

Por tanto queda fijada como doctrina del TS que en casos de cambio del domicilio del menor al extranjero, esto deriva del ejercicio de la patria potestad, la cual ambos ostentan. El traslado es una decisión de gran calado que va a afectar al interés superior del menor. En ausencia de acuerdo de los progenitores, o de consentimiento expreso o tácito de uno de ellos hacia el otro, el encargado de resolver será el Juez previa identificación de los bienes y derechos en conflicto. Los intereses del menor son los que deben ser preferentemente tutelados.

Aquí el Juez valorará favorablemente aspectos como el cuidado total que ha tenido Pilar M. hacia sus dos hijos menores de edad, hecho que se vio favorecido por el acuerdo mutuo al que llegaron ambos padres de que, Pilar M., dejase su trabajo como secretaria para dedicarse a la atención que la familia necesitaba. El Juez valorará la disponibilidad de cada uno de los progenitores para mantener un trato directo con cada hijo menor de edad.

Santiago M. continúa trabajando con el mismo horario, y el mismo puesto de trabajo, por lo que no hay cambios relevantes en este aspecto que le favorezcan. El trabajo consume gran parte de su tiempo, y el restante que tiene no es comparable con el de la madre. Su capacidad para conciliar la vida laboral y familiar es un factor a considerar.

Respecto a aspectos psicológicos no podemos hacer ningún juicio que no termine recayendo en meras suposiciones, pero si que pueden ser relevantes informes psicológicos en los que quedaría probado el carácter mucho más reservado de Santiago M., Aunque esto no significa, en ningún caso, su incapacidad para poseer la guarda y custodia de sus hijos.<sup>13</sup> El artículo 92.9 del CC no establece el carácter obligatorio de dicha prueba pericial.

La edad de Sonia M., 10 años, también es un factor que puede considerarse relevante, en el sentido del apego que siente respecto a su madre, pero no es un factor decisivo puesto que ninguno de los menores es un menor lactante. Nada dice la Ley valenciana ni el Código Civil al respecto de qué influencia tiene la edad de los hijos a la hora de determinar su régimen de convivencia, y si hay determinadas edades en las que, a priori, sea más conveniente una convivencia compartida o exclusiva.

Pero lo que realmente va a ser ponderado por el Juez es tutelar los intereses de los menores. Lo hará interpretándolos de acuerdo al art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Deberá tener en cuenta si el hecho de trasladarse a otro país con una cultura e idioma diferente afectara en el efectivo desarrollo de los menores, en su aprendizaje y en su adaptación. También se valorará el efecto que producirá el desarraigo familiar al alejarse de sus parientes cercanos, de sus amigos y de su entorno social en general.

---

<sup>13</sup> El TSJ de la Comunidad Valenciana ha declarado en la sentencia 18/2005 de 23 de julio como doctrina, que “se podrá fundar una decisión de constitución de régimen de custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, y deberá estar fundada en los factores descritos en el artículo 5.3 de la Ley 5/2011 de los que se desprenda el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al progenitor”.

Especial importancia tendrá la conveniencia o no del hipotético contrato laboral que espera a Sonia M. en Suecia, motivo fundamental del posible traslado a este país.

La custodia exclusiva es, a nuestro entender, únicamente preferente en el caso de que a la madre le sea concedido y autorizado por el Juez el traslado a Estocolmo con sus hijos, después de valorar todos los intereses en juego y concluir que así estarán mejor tutelados y protegidos los intereses de ambos menores.

En ningún caso le podrá ser concedida a Santiago M. puesto que éste no la ha solicitado. Si en un futuro la solicita el Juez dirimirá al respecto.

### **1.6.2 Custodia compartida**

El Juez valorando la situación en su totalidad, puede otorgar la custodia compartida a ambos progenitores en atención al art. 5.2 de la Ley Valenciana y a la práctica jurisprudencial del Derecho común por aplicación de la doctrina vinculante del TS, como hemos explicado anteriormente. Se deberá repartir equitativamente el tiempo entre ambos padres.

La SAP de Valencia, sección 10ª, de 17 de octubre de 2014, versa sobre un caso de falta de pacto entre progenitores en el cual como regla general se atribuye a ambos padres de forma compartida el régimen de convivencia con los hijos menores.

La decisión judicial sobre la custodia del hijo y régimen de visitas o estancias con los progenitores ha de adoptarse teniendo en cuenta, como se indica en el preámbulo de la Ley 5/2011, los principios de coparentalidad, derecho del menor a crecer y vivir con sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores de modo regular, pero en la observancia de estos derechos *"prevalecerá siempre el mayor interés de cada menor y la incidencia en su desarrollo psicológico y social"*.

En su fundamento jurídico 2º la Sala manifiesta que siguiendo la doctrina consagrada en la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana "lo que hay que probar es que el régimen de custodia uniparental es el más idóneo y no al revés".

Continúa la sentencia estableciendo tres puntos:

1. Aunque la relación entre los litigantes no sea cordial no hay base legal que impida la custodia conjunta y la Ley Valenciana, prevee que las malas relaciones no impedirán la convivencia conjunta<sup>14</sup>. En el presente caso no puede afirmarse que la probable falta de sintonía entre las partes esté afectando a los menores.
2. El hecho de que los hijos estén adaptados a pasar más tiempo con la parte materna, y a su estilo de vida, no supone un obstáculo para que se produzca un

---

<sup>14</sup> STS de 29 de noviembre de 2011 "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo, el interés del menor ( STS 22 de julio 2011 ), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento".

cambio, puesto que es un cambio que pretende ante todo beneficiar a Sonia M. y a Ricardo M.

3. Otros reparos como las actividades de los niños, distancias geográficas tampoco son razones de peso para impedir la aplicación prioritaria de custodia.

Por tanto ambos padres tendrían la custodia compartida de los menores, como demanda el padre al oponerse a la concesión a Pilar M. de la custodia en exclusiva.

### **1.7 Aspectos procesales**

Se resolverán todas las cuestiones en la misma sentencia de divorcio que dictará el Juzgado de Familia pertinente de Barcelona, el Juzgado de Primera Instancia nº10, el mismo en el que se presentó la demanda.

### **1.8 Conclusiones**

- **La custodia exclusiva no le puede ser concedida a Santiago M. al no haberla solicitado.**
- **Es preferible la custodia compartida en base a la Ley 5/2011 de la Comunidad de Valencia y a la doctrina del Tribunal Supremo.**
- **Es posible que si el Juez concede a Pilar M. la custodia en exclusiva en la misma sentencia el Juez permita el traslado de los menores al extranjero, o que con la custodia en exclusiva residan en Barcelona.**

## **2. RÉGIMEN DE VISITAS**

<b>Cómo quedaría el régimen de visitas?</b>
---

### **2.1 Introducción**

No estamos ante un caso de divorcio de mutuo acuerdo porque los progenitores no han llegado a un acuerdo sobre este régimen. En los contenciosos, el Juez es el encargado de tomar la decisión final.

No existe un régimen de visitas único, sino que en cada caso el Juez decide el que considera más adecuado. Debe armonizarse el régimen de visitas con las actividades de los niños y sobretodo con el horario laboral del progenitor no custodio.

### **2.2 Régimen de custodia compartida**

Si se establece régimen de custodia compartida con residencia habitual en Barcelona, como concreta la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 21 de octubre de 2015, los objetivos de la guarda y custodia compartida serán que el contacto de los menores con sus padres debe ser diaria o lo más repartida posible, que éstos pasen el mismo tiempo con un padre y con otro y que puedan compartir con ambos padres cualquier tipo de actividad o rutina propia de sus vidas. En todo momento se debe garantizar la estabilidad física, psíquica y emocional de los menores.

Una posible propuesta sería que la convivencia con cada progenitor fuese en semanas alternas, con cambio los viernes al finalizar el colegio. Durante las vacaciones extraescolares podría mantenerse este reparto, o adaptarse en períodos más largos.

### **2.3 Régimen de custodia exclusiva**

#### **2.3.1 Ambos progenitores residen en Barcelona**

Si el juez considera que el principio de interés superior de los menores en donde se busca que los niños de padres separados sigan desarrollando su vida de forma integral, radica en otorgar la guarda y custodia de los mismos de forma exclusiva a Pilar M., estableciendo a favor del progenitor no custodio “*el régimen de visitas más amplio posible*”. Se fijarán unas visitas de una o dos tardes a la semana (sin pernocta) y dos fines de semana, de forma alterna, al mes. Régimen de custodia exclusiva con visitas intersemanales.

#### **2.3.1 Pilar M. y los niños residen en Estocolmo**

Tomando como base la STS de 26 de octubre de 2012, el juez ponderando todos intereses en juego y especialmente el de los menores, establecería un régimen de visitas similar al siguiente: vacaciones extraescolares con el progenitor no custodio, Santiago M., y un fin de semana al mes. La distancia existente entre los dos domicilios,

Barcelona y Estocolmo, y las incomodidades que acarrea los traslados a los menores juegan un papel principal en esta decisión.

Los gastos de los viajes efectuados para realizar lo establecido en la sentencia, viajes de Estocolmo a Barcelona para que el progenitor no custodio ejerza su derecho de visitas, serán pagados por la madre.<sup>15</sup>

## **2.4 Derecho de visita de los abuelos y otros parientes**

La Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Comunidad Valenciana, de Protección Integran de la Infancia y la Adolescencia en su art. 22 “*derecho a las relaciones familiares*” recoge que el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados.<sup>16</sup>

## **2.5 Derecho Internacional Privado**

### **2.5.1 Posterior traslado a Estocolmo**

En España se dicta sentencia, la del procedimiento que inició Pilar M. con su demanda de divorcio en la ciudad condal, con atribución de custodia exclusiva para ella y residen todos en Barcelona.

Con posterioridad Pilar M. y los hijos se trasladan a vivir de forma permanente a Estocolmo con la aceptación de Santiago M., pero este último quiere articular de forma más fácil su derecho de visita, puesto que hay cambios sustanciales de tiempo y dinero que le afectan para poder ejercerlo de forma efectiva. Es una situación gravosa para el.

Santiago M. decide iniciar un procedimiento para modificar estas medidas, y dado que se han ido a Estocolmo (Suecia) estamos en una situación de Derecho privado internacional. Los tribunales españoles no van a ser competentes por la aplicación de la regla general del art. 8 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Según este artículo, que se constituye como una regla general de competencia basada en la protección del menor, la competencia para entender de este procedimiento la tendrían los órganos judiciales de donde residen habitualmente los menores, o sea, Suecia.

Es posible utilizar este Reglamento porque en atención a su art.1º es aplicable a la responsabilidad parental, como es el derecho de visita y el de custodia (art. 2.9 se define el derecho de custodia).

---

<sup>15</sup> STS de 26 de octubre de 2012.

<sup>16</sup> En el art. 90 CC al hablar del Convenio Regulador dice que deberá contener “*si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos*”. Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Pero existe una excepción a la regla general que beneficia a Santiago M., le otorga un privilegio. Únicamente respecto a la articulación de del derecho de visitas por nuevas circunstancias sobrevenidas los tribunales españoles tendrán competencia prolongada porque el continúa viviendo en ese territorio. Tiene un plazo de 3 meses. Puede desistir de este privilegio y hacer uso de la regla general del art. 8.

### **2.5.2 Inmediato traslado a Estocolmo**

En este caso hipotético Pilar M. se traslada con sus hijos a Estocolmo al serle autorizado esto por el Juez, al mismo tiempo que obtiene la custodia exclusiva de los mismos. Santiago M. se opone a ello.

Vuelve a ser aplicable el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por los arts. 1 y 2.9.

La sentencia sobre responsabilidad parental no tiene efecto de cosa juzgada material, solo tiene efecto de cosa juzgada formal. Esto tiene sus implicaciones en que si suceden nuevas circunstancias sobrevenidas, como por ejemplo cambio de residencia, idioma, modificación de costumbres etc., puede plantearse un nuevo procedimiento por el art. 1.1.b) del citado Reglamento.

La competencia, regla general del art. 8, es el lugar de residencia de los menores: Suecia.

El Reglamento no tiene normas de ley aplicable por lo que acudiremos al Convenio de La Haya 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. España y Suecia son parte desde el 1 de enero del 2011.

El art. 1.c delimita su ámbito de aplicación, el objetivo es determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental. El art. 2 determina que se aplica a niños menores de 18 años. En el art. 3 deducimos que Santiago M. puede cuestionar las medidas de atribución, ejercicio etc. de responsabilidad parental, lo cual encaja con el hecho de que él no quiere que su hija Sonia M. trabaje y viva en Estocolmo con su madre.

El art. 15, que es una regla que determina la ley aplicable, indica que va a ser la “*lex fori in fori proprio*”, es decir, que cada Estado aplica su propia ley. Al ser Suecia se aplicará la ley vigente sueca, esto beneficia por el principio de proximidad y respeta el interés superior de los menores dando una justicia de mejor calidad y más barata al no tener que desplazarse.



## **2.6 Conclusiones**

- **No existe un régimen de visitas único, el Juez valorará en base al interés superior de los menores.**
- **Si la custodia es en exclusiva de Pilar M. se deberá asegurar el derecho de visita del progenitor no custodio.**
- **En caso de custodia compartida debe establecerse un régimen en paridad para ambos.**
- **El derecho de visita de los abuelos debe garantizarse también.**
- **Resolverá el Juez de Primera Instancia de Barcelona.**
- **Existen unos mecanismos en el Derecho internacional privado que protegen el derecho de visita de Santiago M. en el caso de que Pilar M. se traslade con los hijos a Estocolmo a vivir de forma permanente.**

### **3. EMANCIPACIÓN**

<b>¿Sería posible la emancipación de Ricardo?</b>
---

#### **3.1 Introducción**

Ricardo M., que tiene 16 años, ha manifestado que en el hipotético caso de no poder continuar viviendo en Barcelona junto a su padre presentaría una solicitud de emancipación.

#### **3.2 Concepto de emancipación**

Supone un anticipo de la atribución de la capacidad de obrar. Se distingue entre el acto que la produce y los efectos derivados de su reconocimiento jurídico. Genera una situación entre la minoría y la mayoría de edad, en la que el menor emancipado tiene tan sólo algunas limitaciones para la realización de actos jurídicos con trascendencia patrimonial, reguladas en el art. 323 del CC<sup>17</sup>.

El mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años, se encontrará habilitado para disponer de sus personas y bienes como si fuera mayor de edad, pero no podrá pedir préstamos, gravar o transmitir bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni bienes de extraordinario valor sin el consentimiento de sus padres, o en su defecto el tutor.

#### **3.3 Legislación aplicable**

##### **3.3.1 Derecho civil propio de Valenciana**

Ricardo M. tiene vecindad civil valenciana pero dicha comunidad autónoma carece de regulación específica al respecto. No existe una ley que regule la institución de la emancipación en la Comunidad Valenciana.

##### **3.3.2 Derecho Común**

La institución de la emancipación está regulada en el **Título XI “De la mayor edad y de la emancipación” del CC, desde el artículo 314 al 324.**

*Artículo 314 :” La emancipación tiene lugar:*

- 1.º Por la mayor edad.*
- 2.º Por concesión de los que ejerzan la patria potestad.*
- 3.º Por concesión judicial”.*

---

<sup>17</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2011.

La primera opción es que los padres de Ricardo M., que son quienes ejercen su patria potestad le quieran conceder la emancipación en virtud del apartado 2 de este artículo.<sup>18</sup>

La segunda opción es la más factible: en el caso concreto de que a Ricardo M. sus tutores legales no quieran concederle la emancipación, la única modalidad de adquisición que le es aplicable es la que se adquiere mediante concesión judicial.

El art. 320 del CC regula la concesión judicial de la emancipación, y reza así: *“El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres:*

- 1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.*
- 2.º Cuando los padres vivieren separados.*
- 3.º Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.*

Por tanto, se cumplen los requisitos de previa solicitud del interesado, es el único legitimado, y que los padres vivan separados. Previamente los padres tendrán el derecho de una audiencia previa con el Juez.

Por último, para que la concesión de emancipación tenga efectos contra terceros, el art. 318 del CC dice que habrá que proceder a su inscripción en el Registro Civil. Después de concedida, no puede ser revocada.

### **3.4 Efectos de la emancipación**

*“El menor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”* reza el artículo 322 del CC.

La emancipación permite al menor regir tanto su persona como sus bienes como si fuese mayor de edad, pero necesitará el consentimiento de sus padres o tutor para (art. 323 del CC):

1. Tomar dinero a préstamo.
2. Gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales.
3. Disponer de bienes de extraordinario valor, como joyas.
4. Ser defensor de los bienes de un desaparecido o representante del declarado ausente.
5. Otorgar testamento ológrafo.
6. Aceptar por sí mismo una herencia sin beneficio de inventario, ya que no puede disponer libremente de sus bienes.
7. Pedir la partición de una herencia, ni repartir con los demás coherederos.
8. No podrá ser tutor o curador, ya que su capacidad de obrar no es completa.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

---

<sup>18</sup> En el caso ninguno de los progenitores se muestra proclive a la concesión.

Todos estos casos especiales son aplicables al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad, como es el caso de Ricardo M.

### **3.5 Aspectos procesales**

La ley aplicable es la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en concreto el Capítulo V “*De la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad*”.

La competencia para conocer de la solicitud de emancipación cuando los progenitores vivan separados es del Juez de Primera Instancia del domicilio del menor, Barcelona en este caso, según el art. 53.1 de la citada Ley.

Si alguno de los padres, probablemente la madre a tenor de las circunstancias que ella misma ha expresado, formule su oposición, la asistencia de letrado a partir de ese momento será preceptiva (art. 53.3 Ley 15/2015).

El Juez resolverá concediendo o denegando la emancipación teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del menor, art. 55.2 Ley 15/2015.

### **3.6 Conclusiones**

- **Los tutores legales de Ricardo M. pueden concederle la emancipación en virtud del art. 314.2 del CC.**
- **En caso de que estos se nieguen, es posible la emancipación mediante concesión judicial, art. 314.3 del CC.**
- **Él es el único legitimado para ejercer la acción de solicitud, en base a la no convivencia de sus progenitores.**
- **El Juez competente es el de Primera Instancia de Barcelona.**

#### **4. PENSIÓN ALIMENTICIA Y DISTRIBUCIÓN DE GASTOS DE LOS HIJOS**

¿Análisis y fijación de la oportuna pensión de alimentos?

¿Cómo se distribuirán los gastos de los hijos?

##### **4.1 Concepto y delimitación de la pensión alimenticia**

La obligación alimenticia no presenta siempre el mismo fundamento, como precisa la STS de 13 de abril de 1991, deslindando los diversos supuestos que en la práctica podrían llegar a plantearse: “la obligación alimenticia, se ha de entender como deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la sustancia de otra o de otras y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos y la otra, dedudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero, ha de reunir, hipotéticamente, la condición de necesitado y el segundo, poseer medios y bienes aptos para atender la deuda. Dicha relación obligacional, puede tener su causa, en un negocio jurídico –contrato o testamento (artículo 153 del CC)-, o en la Ley –art.39.3 de la Constitución, respecto a las obligaciones padres a hijos-, Título VI, del Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, y, artículo 173 de dicho Código, en relación al acogimiento de menores, redactado conforme a Ley de 11 de noviembre de 1987”.

En cuanto a lo que a los hijos concierne, no se encuentra ligado el deber de alimento a la patria potestad, sino a la filiación. Puesto que la obligación de prestar alimentos persistiría pese a que hubiera recaído sentencia en virtud de la cual se privara al progenitor de la patria potestad, como perviviría de igual forma ante la exclusión de esta última (artículos 170 y 11 del CC respectivamente).<sup>19</sup>

El Alto Tribunal, en su sentencia de 5 de octubre de 1993<sup>20</sup>, ha estimado que “el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia – así, artículo 154.3º-y, precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando de la relación paterno-filial- artículo 110 CC-, no ha de verse afectado por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo aecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados, por lo que para el caso de hijos menores de edad resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de

<sup>19</sup> Más allá de la extinción de la patria potestad, los padres estarán obligados a colmar las necesidades de sus hijos mayores de edad, salvo que éstas provengan de su persistente “*mala conducta o falta de aplicación al trabajo*” en los términos del artículo 152.5 del CC.

<sup>20</sup> HIDALGO GARCÍA, S., *Las pensiones de alimentos y compensatoria en los casos de separación y divorcio*, Tecnos, Madrid, 1995.

determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los Tribunales un cierto arbitrio para su fijación valorando todas las circunstancias concurrentes”.<sup>21</sup>

Esta última afirmación es perfectamente compatible con una medida de suspensión que se decretaría cuando el menor gozase de un nivel de ingresos que le permitiese cubrir con amplitud todas sus necesidades. Pero suspender no equivale a extinguir la obligación que pende sobre los progenitores ni a imponer sobre ella limitaciones que resulten ajenas a los alimentos que afecten a los menores, como ha reconocido el TS en su sentencia del 24 de octubre de 2008.

En los alimentos prestados entre parientes la cuantía ha de guardar proporción entre las necesidades del alimentista y los medios del alimentante, pero en el caso de alimentos a los hijos, la prioridad del alimentista es absoluta. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 23 de febrero de 2009 declara que *“las necesidades determinantes para la fijación de los alimentos son únicamente “las de los hijos en cada momento”, es decir, que las circunstancias concretas de los hijos menores son las que definen y, consiguientemente, excluyen otros parámetros para la valoración, como pudiera ser la posición de los padres, a diferencia de lo que se establece para los alimentos entre parientes de los artículos 142 y siguientes del CC, y más concretamente del 146 del CC, que recoge el criterio de proporcionalidad entre quien los da y quien los recibe. Todo ellos supone que los progenitores deben de prestar alimentos a los hijos conforme a sus necesidades mínimas en cada concreto momento, por cuanto se trata de un deber impuesto por norma jurídica expresa y que alcanza relevancia constitucional, como expresamente se refiere el artículo 39.3 de la Constitución”*<sup>22</sup>. Todo ello constituye un mínimo vital.<sup>23</sup>

#### **4.2 Regulación de la pensión alimenticia**

En la Ley Valenciana 5/2011 no se regula específicamente la institución de la pensión alimenticia, pero si se hace referencia a la distribución de los gastos ordinarios y extraordinarios.

En el Código Civil esta institución se haya enmarcada en el Título VI *“De los alimentos entre parientes”*. El art. 142 del CC detalla que conceptos se entienden por alimentos: todo lo que es indispensable para el sustento, la habitación, vestido y asistencia médica; también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable; los de embarazo y parto también están incluidos. Son los gastos clasificados como ordinarios.

El art. 143 del CC recoge a los obligados recíprocamente a darse alimentos, en el sentido del artículo previo, y para lo que nos ocupa los ascendentes y descendientes estarán obligados. El orden en el caso de que haya dos o más obligados a prestarlos, art.

<sup>21</sup> CABEZUELO ARENAS, A. L., *Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)*, Aranzadi Doctrina, Navarra, 2010.

<sup>22</sup> Por aplicación del artículo 154 CC, continúa la sentencia, “un padre respecto de unos hijos menores de edad sometido a su patria potestad no puede escudarse en sus pocos ingresos, en el aumento de gastos o, incluso, en la situación de paro, para no dar alimentos suficientes dentro de un mínimo decoroso de subsistencia”.

<sup>23</sup> Mínimo vital que no precisa de justificación y cuya cuantía es es testimonio de un deber inherente (SAP de Murcia de 23 de octubre de 2007).

144 del CC, es al cónyuge primero y posteriormente a los descendientes en el grado más próximo.<sup>24</sup>

El art. 93 del CC marca que será el Juez el encargado de determinar la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas más convenientes para que se asegure la efectividad y la acomodación de las prestaciones a las concretas circunstancias económicas y a las necesidades de los hijos en cada momento. En el caso de que se den dos circunstancias: que haya emancipados, como puede serlo Ricardo M., y que a su vez carezcan de ingresos propios, el Juez en la misma resolución fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código.

La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o a los medios de quien los da, y a las necesidades de quien los va a percibir, art. 146 del CC. Se podrán reducir o aumentar en forma proporcional si aumentan o disminuyen las necesidades del alimentista y la fortuna de quien los debe satisfacer, art. 147 del CC. Desde que sean necesarios para subsistir será exigible la obligación de prestarlos pero no se abonarán hasta que la demanda sea interpuesta, art. 148 del CC. No será posible, en atención al art. 148 del CC, que el obligado a prestar alimentos los satisfaga recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos si la elección contradice la situación de convivencia determinada por una resolución judicial.

#### **4.3 Análisis y concreta fijación de la pensión alimenticia**

De los ingresos percibidos por ambos progenitores, podemos comprobar que exceptuando los 500 euros percibidos mensualmente por Pilar M. (obtenidos por el alquiler de apartamento heredado de sus padres), el resto son percibidos por Santiago M., a razón de 5.500 euros mensuales. El décimo de la lotería de Navidad de 2012 agraciado con 400.000 euros adquirido por Pilar M. pertenece a la sociedad de gananciales, art. 1351 del CC.

El Consejo del Poder Judicial ante la falta de criterios homogeneizados ha aprobado unas tablas orientadoras para calcular la pensión de alimentos en todo el territorio nacional, las cuales aunque no son vinculantes están siendo aplicadas.

Concretamente uno de los baremos es que no se van a contemplar ingresos del obligado al pago de la pensión por debajo de 700 euros, al considerar que en los tramos de rentas inferiores a dicha cuantía, ha de fijarse la denominada pensión mínima o de subsistencia que jurisprudencialmente varía según las distintas zonas geográficas y poblaciones.

El obligado al pago sería Santiago M., tanto si es custodia exclusiva o compartida, y la concreta cuantía la debe valorar el Juez en función de los criterios que hemos mencionado. Si hay cambios, tanto en los ingresos del obligado al pago, como en las necesidades de los menores, se podrá revisar la cuantía asignada, que es de carácter mensual.

---

<sup>24</sup> Entre los descendientes y ascendientes se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

#### **4.4 Distribucion de los gastos de los menores**

En la Ley 5/2011 de la Comunidad Valenciana se regulan los gastos de atención a los hijos e hijas en su art. 7. La autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. Lo harán en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores.

A falta de pacto los gastos extraordinarios serán satisfechos como la autoridad judicial decida. En todo caso, los gastos educativos no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social u otra mutualidad u organismo al que los hijos pudieran estar afiliados tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial.

En la Disposición final segunda de la Ley de Valencia, se reconoce la aplicación del Código Civil con carácter supletorio en defecto de la presente Ley en todas las materias reguladas por ésta.

Los gastos ordinarios son aquellos que, como hemos mencionado se encuentran recogidos en el art. 142 CC y se realizan con el importe de la pensión de alimentos.

En contraposición los gastos extraordinarios son aquellos que siendo necesarios o imprescindibles, son imprevisibles y no periódicos. La obligación al pago existe como consecuencia de que son necesarios, pero el reconocimiento del deber del pago y su cuantificación debe ser determinado por el Juez en caso de discrepancia.

Por tanto ambos padres, en la proporción que el Juez estime, pagarán entre otros, los gastos extraordinarios como los de clases y materiales para el aprendizaje del inglés y los viajes a este efecto (SAP de Valencia, Sala 10ª, de 24 de junio de 2010) y las actividades extraescolares si son necesarias o indispensables para el desarrollo integral del menor (SAP de Madrid, Sala 22ª, de 30 de junio de 2008).

La matrícula del colegio privado al que asisten no se considera gasto extraordinario porque ambos progenitores han expresado su conformidad con el hecho de que asistan (SAP de Barcelona, Sala 12ª, de 14 de Julio de 2009).

#### **4.5 Conclusiones**

- **Santiago M. pagará los gastos ordinarios y es el obligado al pago de la pensión alimenticia.**
- **Los gastos extraordinarios, que son de carácter periódico en contraposición a los ordinarios, serán pagados por ambos progenitores en la proporción estimada por la autoridad judicial.**



## 5. PENSIÓN COMPENSATORIA

¿Existe derecho a una pensión compensatoria?
--

### 5.1 Aplicación de la Ley valenciana o del Derecho común

Las relaciones patrimoniales del matrimonio y de su disolución vendrán reguladas por la legislación específica en la materia dictada por la Comunidad Valenciana al tener ambos cónyuges vecindad civil valenciana a este respecto.

La disposición final segunda de la Ley 11/2005 señala que al tratarse de una materia no regulada ni prevista en esta Ley, se estará a lo dispuesto en el Código Civil y en la LEC.

### 5.2 La pensión compensatoria en el Código Civil

La figura de la pensión compensatoria se instauró en el año 1981 regulada en el artículo 97 del CC.

El art. 97 en su primer párrafo, literalmente, dice lo siguiente<sup>25</sup>: *“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”*.

El enunciado de este artículo ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial al no ofrecer una definición de esta figura.<sup>26</sup>

Se constituye como un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo por el desequilibrio económico provocado por la separación y el divorcio, no puede considerarse como un mecanismo igualador de economías.

---

<sup>25</sup> La penúltima modificación relevante que sufrió este precepto se remonta a la reforma dada por la Ley 15/2005, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria que cambió la expresión *“tiene derecho a una pensión”* por *“tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”*.

No obstante, hay que tener presente que el Tribunal Supremo ha resuelto numerosos recursos de casación que han permitido delimitar el régimen jurídico de esta compensación.

<sup>26</sup> La STS de 4 de diciembre de 2012, RJ 691/2010, fija como jurisprudencia que *“la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas a la convivencia, si no en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial”*.

Como indica la sentencia nº 24/15 de la Sección 10ª de la AP de Valencia cumple una triple función: resarcimiento del daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilita al cónyuge que sufre tal desequilibrio un "status" semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común.

Por tanto la pensión compensatoria se establece judicialmente descansando en tres presupuestos esenciales:

1. Carácter económico: reparar el desequilibrio económico que puede producir la ruptura matrimonial de uno de los cónyuges<sup>27</sup>.
2. Carácter temporal: la agravación de la situación financiera en comparación con el nivel de vida mantenido con anterioridad.
3. Carácter causal: la relación de causalidad material y directa entre la situación desventajosa económica para uno de los cónyuges y el hecho del cese de la vida en común.

La pensión compensatoria<sup>28</sup> se solicita en el procedimiento de separación y su percepción no es compatible con la pensión de alimentos (refiriéndose siempre al beneficiario como al cónyuge, no a los hijos).

En los procedimientos de medidas provisionales se fijará a favor del cónyuge desfavorecido una pensión de alimentos que será sustituida por la pensión compensatoria en la sentencia de separación y tras la tramitación del correspondiente proceso judicial.

En los procedimientos de divorcio puede solicitarse el mantenimiento de la pensión compensatoria establecida en la sentencia de separación pero, si ésta no fue reconocida en el procedimiento de separación, no procederá su fijación en el de divorcio.

Cabe destacar que únicamente puede procederse a la concesión de la pensión compensatoria judicialmente si el o la interesada lo solicita expresamente, nunca de oficio. En el caso que nos ocupa, Pilar M. solicita una pensión compensatoria por el desequilibrio económico que le supone su ruptura matrimonial.

---

<sup>27</sup> La pensión compensatoria diseñada por el legislador en el año 1981 obedecía a un patrón definido de mujer de mediana edad, que dedicaba su vida a la atención de su esposo y el cuidado de sus hijos con la consecuente dependencia económica del marido; y que veía que al divorciarse después de muchos años de matrimonio se encontraba en una situación sin perspectivas laborales por su falta de cualificación y avanzada edad, circunstancias que la excluían en la mayoría de los casos del mercado laboral.

<sup>28</sup> El impago de la pensión compensatoria, al igual que el de pensión de alimentos, puede dar lugar a la comisión de un delito de abandono de familia castigado con pena de prisión de 3 meses a un año o multa de 6 a 24 meses.

En el supuesto de que el juez la conceda será en la cuantía que como máximo se haya solicitado por la parte.

En el precepto 97.1 del CC se dice que la determinación de la prestación será la indicada en el convenio regulador, del cual carecen, o en la sentencia, como es en este caso.

Cuando se observa desequilibrio económico es necesario para fijar su existencia y cuantía, que sea expresamente pedida la pensión compensatoria y que la persona que lo solicita pruebe sus necesidades demostrando que el status de vida que disfrutaba durante el matrimonio ha empeorado con la separación o el divorcio.

### **5.3 ¿Existe derecho a una pensión compensatoria?**

Pilar M. trabajó como secretaria hasta contraer matrimonio con Santiago M. en el año 1995. Ganaba 1.200 euros mensuales, sumando un total de años cotizados de siete. De mutuo acuerdo decidieron que su sueldo era prescindible y que era más provechoso que dedicase todo su tiempo al cuidado de la casa familiar y de los hijos en común. Desde la boda siempre han vivido juntos. El único sueldo que mantenía a la unidad familiar era el percibido por Santiago M.. También cabe destacar el hecho de que ella sola haya manejado e impulsado la carrera artística de su hija menor Sonia M.

Para determinar si en el caso litigioso existe o no desequilibrio económico, no es suficiente con comparar la capacidad económica<sup>29</sup> de cada uno de los cónyuges, y utilizar las circunstancias enumeradas en el art. 97.2 del CC para fijar la cuantía.

El apartado 2 del art. 97 reza así:

*“A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:*

- 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.*
- 2.ª La edad y el estado de salud.*
- 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.*
- 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.*
- 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.*
- 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.*
- 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.*
- 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.*
- 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.*

*En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para*

---

<sup>29</sup> Centrándose en la capacidad económica respecto a la posición del otro, Pilar M. se encontraría en una situación desfavorable en comparación con Santiago M. puesto que únicamente tendría como fuente de ingresos los 500 euros de la renta mensual de un apartamento que anteriormente era de propiedad de sus progenitores. Mientras que su marido continuaría percibiendo su sueldo como Juez íntegramente.

*actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.*

Es una enumeración de las circunstancias que hay que tener en cuenta a la hora de fijar la cuantía de pensión compensatoria, es decir, son parámetros que sirven para cuantificarla, cuando el derecho a percibirla ya ha sido reconocido.

No están tasadas, no forman un *numerus clausus*, permiten que el Juez tenga en cuenta otras circunstancias, como señala la doctrina y la jurisprudencia. Es una lista ejemplificativa.

La STS de 19 de enero de 2010 sienta como doctrina jurisprudencial que "para determinar la existencia de desequilibrio económico generador de la pensión compensatorio debe tenerse en cuenta básicamente y entre otros parámetros, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge, el régimen de bienes a que ha estado sujeto el patrimonio de los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios y su situación anterior al matrimonio". Por tanto, estos serán los presupuestos a tener en cuenta a partir de ahora para determinar la existencia de desequilibrio económico.

Esta tesis subjetivista, mantenida por el TS en torno a la interpretación y aplicación del apartado del art. 97 del CC, implica que estos factores y circunstancias cumplen una doble función al actuar como elementos integrantes del desequilibrio vinculado a la ruptura de la convivencia, y como elementos que permiten fijar la cuantía de la pensión y su carácter temporal o indefinido.

Teniendo en cuenta todos estos factores: como la dedicación pasada, presente y futura a la familia que ha sido plena por parte de la interesada y se prevé de la misma forma dada la corta edad de su hija menor, el régimen patrimonial de bienes, carecen de ninguna clase de acuerdo prematrimonial, que es el de gananciales lo que indica la voluntad de participar de los ingresos y gastos como unidad, y su situación anterior al matrimonio si era de una persona con estabilidad laboral y un sueldo fijo. Además siempre han convivido juntos y la duración del matrimonio asciende a los veinte años.

Existe derecho por parte de Pilar M. a ser beneficiaria de una pensión compensatoria.

Respecto a la cuantía de la pensión depende de una gran multiplicidad de factores.<sup>30</sup>

También es controvertido determinar si procede o no fijar una pensión compensatoria temporal o por tiempo indefinido.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Adicionalmente, la AP de Granada, Sección 5ª, sentencia de 29 de mayo de 2009 ha declarado que "para el cálculo de la pensión compensatoria la cantidad que percibe el esposo debe ser minorada en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar, entre las que se pueden incluir las pensiones alimenticias de los hijos, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar si hubiere hijos menores, el alquiler de vivienda u otras de carácter semejante que tenga que satisfacer".

Algunas Audiencias Provinciales han establecidos algunos topos para dicha pensión, en el sentido de que no pueden superar un determinado porcentaje de los ingresos que percibe el cónyuge deudor de la misma y que van del 30 al 45%.

La cantidad establecida en la sentencia de separación o divorcio se actualiza todos los años de conformidad a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística.

La cuantía de la pensión puede ser modificada judicialmente en aquellos casos en los que el beneficiario mejora su situación económica o empeora la del obligado al pago. Estas mismas circunstancias pueden conducir también a la extinción de la pensión compensatoria.

Si Pilar M. cambia su situación laboral respecto a la actual, de desempleada, el Juez deberá decidir si altera o extingue la pensión compensatoria que le había asignado. Lo mismo sucedería en el caso de que Santiago M. empeore su situación económica.

La liquidación de la sociedad de gananciales tras el procedimiento de separación o divorcio, no conduce por sí misma a la extinción de la pensión salvo que concurra con un cambio en las circunstancias económicas del obligado al pago o los bienes adjudicados tras la liquidación produzcan una rentabilidad que permita superar el desequilibrio que dio origen a su establecimiento.

#### **5.4 Conclusiones**

- **Concluimos que existe derecho por parte de Pilar M. a ser beneficiaria de una pensión compensatoria, en base al artículo 92 del CC y a la vasta jurisprudencia existente al respecto.**
- **Se resolverá en la misma sentencia de divorcio que resolverá el Juzgado de Familia pertinente de Barcelona, puesto que es la localidad de residencia del demandado al no ser un divorcio de mutuo acuerdo. Es el Juzgado de Primera Instancia nº10, el mismo en el que presentó la demanda.**

---

<sup>31</sup> El Tribunal Supremo, sentencia de 9 de octubre de 2008, indicaba que "la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente, aquéllas que permiten valorar la "idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico"".

## **6. CONTRATO LABORAL**

¿Es legal, conforme a Derecho, el contrato laboral de Sonia?
--

### **6.1 Trabajos realizados en España**

Sonia M. actualmente tiene 10 años y lleva ejerciendo como modelo publicitaria infantil desde hace años, compaginándolo con sus estudios, que son de carácter obligatorio dada su corta edad.

La ley española, en su art. 6 del Estatuto de los Trabajadores, prohíbe trabajar a las personas menores de 16 años<sup>32</sup>. El contrato de trabajo suscrito con un menor de esa edad se considera nulo y sin efecto.

Es una prohibición general para ser admitido al trabajo para quienes no tengan 16 años. El destinatario de la norma es el empleador, ya que el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores, prohíbe admitir al trabajo, evidenciando que se impide contratar a quienes no hayan cumplido esa edad, acción que solo un empresario podría efectuar.

Pero esta prohibición general cuenta con una excepción a la misma.

Solo esta permitida, art. 6.4, la intervención de menores de 16 años en espectáculos públicos en casos excepcionales por la autoridad laboral, con la condición de que no suponga peligro para la salud física del menor ni para su formación profesional ni humana. Este permiso debe constar por escrito y es válido para actos determinados, no es posible un permiso permanente, es necesario uno para cada espectáculo publico.

El término “espectáculos públicos” concreta su indeterminación a través de la referencia hecha en el Real Decreto 1435/1985, por el que se regula la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos. En su art. 1.3 define el ámbito de aplicación a través de la noción de “actuación artística” o “exhibición”, la cual debe realizarse ante el público (*a sensu contrario* no admite las realizadas en el ámbito privado), exponiendo una relación posteriormente de medios o de lugares en los que se materializa la actividad artística<sup>33</sup>.

Quedan englobados en esta excepción los trabajos relacionados con la publicidad, como sesiones fotográficas o desfiles de moda infantil, que Sonia M. realiza.

---

<sup>32</sup> La edad establecida son los 16 años, la L.O. 2/2006, de Educación, señala que la enseñanza básica formada por la educación primaria y la educación secundaria obligatoria es gratuita y obligatoria, y su desarrollo regular comprende 10 años de escolaridad, entre los 6 y los 16 años. De esta forma, coinciden ambas regulaciones.

<sup>33</sup> DEL REY GUANTER, S., *Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2007.

El mismo art. 6.4 alude a una administración competente para conceder la autorización a la que denomina “autoridad laboral”<sup>34</sup>, por el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas de la ejecución de la legislación laboral en materia de menores los organismos competentes para autorizar serán los creados a tal efecto por la Comunidades Autónomas.

La duración del contrato se fijará por las partes, pudiendo celebrarse por actuaciones, temporada o tiempo que una obra permanezca en cartelera. La jornada comprenderá la actividad artística ante el público y los períodos de ensayo o de grabación, estándose en todo caso al máximo establecido con carácter general.

Para la tramitación se requiere la apertura de un expediente para cuya tramitación se requiere la solicitud expresa por parte de los padres o representantes legales del menor, así como su declaración en el sentido de que la actuación a que se refiere no supondrá daño alguno para su salud física ni para su formación profesional y humana. Y también una valoración favorable del tutor del centro donde cursa sus estudios el menor.

Finalmente la autoridad competente emite una resolución en la que se autoriza o deniega la intervención del menor en el espectáculo solicitado, que en caso de autorizarse especificará cuál es dicho espectáculo y qué intervención tiene el menor en él.

El Real Decreto 1435/1985, en su art. 2.1, dice que, *“concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato”*.

Por tanto, deducimos que los contratos celebrados hasta la fecha han contado con la aprobación de sus padres, que son sus tutores legales, y han sido conforme a Derecho.

Si posteriormente Sonia M. continúa residiendo en España, manteniendo su padre su patria potestad, compartida o no, y se niega a que trabaje, esta no podrá continuar haciéndolo. Esos futuros contratos no serían conforme a Derecho, a menos que a solicitud de la otra parte que también ostente la patria potestad, un Juez lo autorice.

La STSJ de Murcia, Sección 1ª, de 1 de diciembre de 2008, determinó la nulidad de un contrato firmado por un menor de edad (jugador de fútbol) por la ausencia de intervención de quien ostentaba la patria potestad en aquellos momentos.

## **6.2 Posible contrato laboral en Suecia: Derecho Internacional Privado**

Pilar M., la madre de Sonia M., pretende mudarse a Suecia con sus hijos para que la menor pueda continuar trabajando como modelo infantil. En este país le espera una

---

<sup>34</sup> En Galicia la autoridad laboral competente es la Subdirección General de Trabajo.

oferta de una marca de ropa infantil para que protagonice una campaña publicitaria.<sup>35</sup> El padre opone firmemente a esta opción alegando que afectaría al desarrollo normal de una niña de su edad.

Para que este contrato laboral sea conforme a Derecho los tutores legales que ostenten la patria potestad deben autorizar la celebración del mismo. En el caso de que alguno de ellos se niegue, esta posibilidad desaparecería, a menos que un Juez lo autorizase a petición de la otra parte.

Suecia es miembro de la Unión Europea, y por tanto para saber que ley es aplicable en contratos de trabajo se atenderá al Reglamento Roma I: Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

El art. 3 indica en su apartado 1 que el contrato se regirá por la ley elegida por las partes manifestándose expresamente o inequívocamente en los términos o circunstancias del contrato. También es posible convenir que se rija por una ley distinta a la que lo hacía con anterioridad, art. 3.2.

En el art. 8, referente a contratos individuales de trabajo, se efectúa una excepción a la regla anterior para el caso de que la elección prive al trabajador de la protección de su país.

Si no se ha pactado la aplicación de ninguna ley, *“el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente”*, art. 8.2.

Art. 8.3 *“Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador”*.

La agencia de modelos que representaría a Sonia M. en Suecia es una agencia de ese país, la marca de moda infantil también es sueca y la menor y su madre se comprometen a vivir allí al menos por dos años. Por tanto, no es un trabajo de carácter temporal, y la ley aplicable a este contrato es la sueca, a falta de pacto entre las partes.

Ante la oposición de Santiago M., dentro de esa normativa sueca se buscaría la legislación especial sobre menores con sus condiciones horarias si es que existe y se vería si es determinante que el padre, Santiago M., se muestra contrario a que su hija trabaje.

---

<sup>35</sup> Con la condición de que resida en Suecia y firme con una empresa de representación de modelos de dicho país.



### **6.3 Conclusiones**

- **En España, los contratos laborales de Sonia M. son conforme a Derecho, si cumplen los requisitos establecidos en el art. 6.4 del Estatuto de los Trabajadores.**
- **En los trabajos realizados en Suecia son de aplicación las leyes suecas, a falta de pacto entre las partes, por efecto de los artículos 3 y 8 del Reglamento Roma I: Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.**

## **CONCLUSIONES FINALES**

Es preferible la custodia compartida en base a la Ley 5/2011 de la Comunidad de Valencia y a la doctrina del Tribunal Supremo. Es posible que si el Juez concede a Pilar M. la custodia en exclusiva en la misma sentencia el Juez permita el traslado de los menores al extranjero, o que con la custodia en exclusiva residan en Barcelona.

No existe un régimen de visitas único, el Juez valorará en base al interés superior de los menores. Si la custodia es en exclusiva de Pilar M. se deberá asegurar el derecho de visita del progenitor no custodio y el derecho de visita de los abuelos debe garantizarse también. En caso de custodia compartida debe establecerse un régimen en paridad para ambos. Existen unos mecanismos en el Derecho internacional privado que protegen el derecho de visita de Santiago M. en el caso de que Pilar M. se traslade con los hijos a Estocolmo a vivir de forma permanente.

Los tutores legales de Ricardo M. pueden concederle la emancipación en virtud del art. 314.2 del CC. En caso de que estos se nieguen, es posible la emancipación mediante concesión judicial, art. 314.3 del CC. Él es el único legitimado para ejercer la acción de solicitud, en base a la no convivencia de sus progenitores.

Los gastos extraordinarios, que son de carácter periódico en contraposición a los ordinarios, serán pagados por ambos progenitores en la proporción estimada por la autoridad judicial. Santiago M. pagará los gastos ordinarios y es el obligado al pago de la pensión alimenticia.

Existe derecho por parte de Pilar M. a ser beneficiaria de una pensión compensatoria, en base al artículo 92 del CC y a la vasta jurisprudencia existente al respecto.

En España, los contratos laborales de Sonia M. son conforme a Derecho, si cumplen los requisitos establecidos en el art. 6.4 del Estatuto de los Trabajadores. En los trabajos realizados en Suecia son de aplicación las leyes suecas, a falta de pacto entre las partes, por efecto de los artículos 3 y 8 del Reglamento Roma I: Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALBALADEJO. M., “Curso de Derecho Civil IV Derecho de Familia”, Edisofer SL, Madrid, 2013, p. 279-324.

CABEZUELO ARENAS, A. L., “Polémicas judiciales sobre significado, fijación, contenido y variabilidad de la pensión de alimentos de los hijos tras la separación y divorcio (art. 93 CC)”, Aranzadi Doctrina, Navarra, 2010.

DA SILVA OCHOA, J.C., “Problemática actual de la vecindad civil y derecho internacional privado en España”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Año 1993, nº 2, UNED, Madrid, 1993.

DEL REY GUANTER, S., “Estatuto de los Trabajadores comentado y con jurisprudencia”, La Ley, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia”, Colex, Madrid, 2011.

HIDALGO GARCÍA, S., “Las pensiones de alimentos y compensatoria en los casos de separación y divorcio”, Tecnos, Madrid, 1995.

## **APÉNDICE JURISPRUDENCIAL**

### **• SENTENCIAS AUDIENCIA PROVINCIAL**

- SAP de Barcelona, Sala 12ª, de 14 de Julio de 2009
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 23 de febrero de 2009
- SAP de Granada, Sección 5ª, sentencia de 29 de mayo de 2009
- SAP de Madrid, Sección 22ª, de 29 de noviembre de 2005
- SAP de Madrid, Sala 22ª, de 30 de junio de 2008
- SAP de Murcia de 23 de octubre de 2007
- SAP de Valencia, Sala 10ª, de 24 de junio de 2010
- SAP de Valencia, Sección 10ª, de 17 de octubre de 2014
- SAP de Valencia, Sección 10ª, de 19 de enero de 2015

### **• SENTENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

- STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 julio de 2015
- STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de septiembre de 2013
- STSJ de Murcia, Sección 1ª, de 1 de diciembre de 2008

### **• SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- STS de 19 de octubre de 1983
- STS de 13 de abril de 1991
- STS de 23 de marzo de 1992
- STS de 5 de octubre de 1993
- STS de 20 de febrero de 1995
- STS de 7 de julio de 2007
- STS de 9 de octubre de 2008
- STS de 24 de octubre de 2008
- STS del 8 de octubre de 2009
- STS de 19 de enero de 2010
- STS de 22 de julio de 2011
- STS de 29 de noviembre de 2011
- STS de 26 de octubre de 2012
- STS de 4 de diciembre de 2012
- STS de 29 de Abril de 2013
- STS de 25 de abril de 2014
- STS de 21 de octubre de 2015

- **SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- Providencia 19 de julio de 2011 de admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011.
- Auto de 22 de noviembre en el curso del recurso de inconstitucionalidad nº 3859/2011.